

Giandonato Caggiano

L'interpretazione del criterio di collegamento del 'contesto delle attività di stabilimento' dei responsabili del trattamento dei dati personali

SOMMARIO : 1. Oggetto del contributo - 2. Elementi essenziali dello stabilimento nel diritto dell'Unione - 3. I pareri del WG 29 sull'attività dei motori di ricerca e sull'applicazione del diritto nazionale - 4. Le richieste del giudice del rinvio e la posizione dell'Avvocato generale - 5. L'interpretazione della Corte di giustizia - 6. La proposta di regolamento della Commissione sulla tutela dei dati personali - 7. Il criterio di collegamento dell'attività diretta nella scelta della legge applicabile al contratto del consumatore e il criterio del «centro di interessi» del consumatore per la determinazione della competenza giurisdizionale - 8. Cenni alla giurisprudenza sulla responsabilità degli ISP 'attivi' e 'passivi'

1. Oggetto del contributo

L'oggetto del presente contributo riguarda il ruolo dello stabilimento di un'impresa responsabile del trattamento di dati personali al fine dell'applicazione territoriale delle norme nazionali di attuazione della direttiva 95/46 sulla tutela dei dati personali¹. La questione è analizzata nella prospettiva della giurisprudenza sulla responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP), la cui attività tende a standardizzarsi in modelli non conosciuti al momento dell'adozione delle direttive 95/46 e 2000/31 sul commercio elettronico². La prima delle questioni, esaminate

¹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, *GUCE* L 281, 23 novembre 1995, pp. 31 ss. Per la tecnica di armonizzazione minimale adottata, la direttiva 95/46 lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità che determina l'esistenza di leggi nazionali di attuazione diversificate fra di loro.

² Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), *GUCE* L 178, 17.7.2000. Le consultazioni svolte su una possibile revisione di tale direttiva hanno avuto esito negativo, v. Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), 2010 e Summary of the results sul sito

dalla Corte di giustizia nella sentenza *Google Spain*, riguarda l'applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva 95/46 alle attività di un ISP che opera quale motore di ricerca in una posizione monopolistica a livello dell'Unione in tale mercato di servizi. Com'è noto, le attività del Gruppo Google sono svolte, in parte, dalla società madre stabilita in un Paese terzo (California/Usa) che indicizza e archivia le ricerche sul web; in parte, dagli stabilimenti/filiali in vari Stati membri dell'Unione che offrono l'interfaccia del servizio di ricerca agli utenti di uno Stato membro³ e gestiscono la pubblicità diretta al mercato nazionale tramite una serie di link sponsorizzati dalle imprese (posizionamento *Google's AdWords*). Com'è noto, proprio quest'ultimo meccanismo rende economicamente sostenibile il modello di business di Google e consente di considerare l'attività del motore di ricerca come prestazione di un servizio ai sensi del diritto dell'Unione, anche se la remunerazione non proviene direttamente dall'utente ma dai prestatori della comunicazione pubblicitaria. Dal momento che l'interpretazione della Corte di giustizia tiene conto ampiamente della posizione del WG Art. 29, il cui segretariato è gestito dalla Commissione europea, sembra opportuno partire dalle riflessioni di questo autorevole organo di consulenza che si avvale dell'esperienza e del parere delle Autorità-garanti degli Stati membri. Merita un accenno anche la posizione dell'Avvocato generale, che viene accolta dalla Corte sul punto in esame, diversamente che sulle altre questioni esaminate.

Il presente contributo si interroga anche sulle prospettive di impatto della sentenza *Google Spain* sulla ormai prossima adozione della proposta di regolamento generale sulla protezione dei dati personali che sostituirà la direttiva 95/46⁴. L'interpretazione della Corte non rischia di diventare presto obsoleta dal momento che, allo stato dell'iter di adozione, il Consiglio e Parlamento europeo appaiono intenzionati a riaffermare il criterio delle attività svolte all'interno dello stabilimento del responsabile del trattamen-

della DG Mercato interno e servizi. Sul tema specifico delle procedure di rimozione di contenuti illeciti, v. Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries, 2012 (reperibile on line sul medesimo sito).

³ Il servizio Google Search opera a livello mondiale tramite il sito web «www.google.com» ed è gestito da Google Inc., società madre del gruppo con sede sociale negli Stati Uniti. In ciascun paese dove esiste uno stabilimento, il sito di ricerca possiede un dominio diverso. È facile verificare che l'uso delle stesse parole chiave su domini nazionali Google diversi può determinare la visualizzazione di risultati e annunci pubblicitari diversi.

⁴ COM(2012) 11 final, 25.1.2012, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati).

to nell’Unione (art. 3, par. 1 della proposta di regolamento). Tuttavia considerato che l’adozione di un regolamento renderà uniforme il diritto degli Stati membri, la questione non si porrà più, come accade attualmente, in relazione l’applicazione della legge nazionale (di attuazione della direttiva) dei singoli Stati membri, ma riguarderà l’applicabilità *tout court* del nuovo regolamento ai responsabili di trattamento-dati non-stabiliti nello Spazio economico europeo (SEE).

2. Elementi essenziali dello stabilimento nel diritto dell’Unione

È importante sottolineare che l’attività del motore di ricerca Google ben potrebbe svolgersi sotto forma di prestazione di servizi senza alcun obbligo di stabilimento. La costituzione di filiali in alcuni Stati membri corrisponde solo ad autonome scelte di politica di sviluppo industriale del Gruppo all’interno dell’Unione, soprattutto in relazione ai rapporti con la raccolta di comunicazione pubblicitaria rivolta al mercato nazionale di riferimento della filiale.

Vale la pena pertanto di ricordare alcune nozioni sul diritto di stabilimento⁵ che, nella dinamica con la libera prestazione dei servizi, garantisce la mobilità delle imprese e dei professionisti nel territorio dell’Unione. Il principio del diritto dell’Unione è quello secondo cui le persone fisiche che esercitano attività autonome e le persone giuridiche che operano legalmente in uno Stato membro possono esercitare un’attività economica in un altro Stato membro, diverso da quello in cui sono stabiliti, su base stabile e continuativa (art. 49 del TFUE) e prestare, così, servizi a livello transfrontaliero pur conservando il loro stabilimento nel loro paese d’origine (art. 56 del TFUE).

Il diritto di un operatore economico stabilito in uno Stato membro di fornire servizi in un altro Stato membro non è condizionato allo svolgimento di servizi identici o simili. L’unica condizione richiesta è il carattere transfrontaliero della prestazione, vale a dire che il prestatore sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello del destinatario. Il Trattato non prevede durata, frequenza o tipologia di servizi che determinino un automatico trasferimento dello stabilimento di un’impresa da uno Stato ad un

⁵ Per una prospettiva di diritto comparato, A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs USA*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 133 e ss.

altro Stato⁶. L'unico criterio determinante è l'esistenza di un'infrastruttura che consenta di esercitare in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire i servizi anche ai cittadini di un altro Stato membro⁷. Inoltre, la circostanza che un'impresa sia stabilita in uno Stato per avvantaggiarsi di una legislazione nazionale più favorevole non preclude che le relative attività possano essere considerate 'servizi' ai sensi del Trattato, dal momento che l'esercizio di una libertà fondamentale non costituisce in sé un abuso⁸.

L'art. 49 TFUE qualifica il divieto alla restrizione alla libertà di stabilimento come un obbligo di trattamento non discriminatorio rivolto agli Stati membri: sia nei confronti dei cittadini di un altro Stato membro sia per l'apertura di agenzie, succursali o filiali. Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate ai fini dell'applicazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. La medesima norma chiarisce che per società si intendono sia quelle di diritto civile e commerciale, ivi comprese le società cooperative, sia le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.

3. I pareri del WG29 sull'attività dei motori di ricerca e sull'applicazione del diritto nazionale

Come abbiamo già detto, un rilevante contributo al consolidamento dell'interpretazione dei criteri di collegamento in materia di trattamento dei dati personali è quello dato in questi ultimi anni dal Gruppo di lavoro

⁶ Sentenze 11 dicembre 2003, *Bruno Schnitzer*, C-215/01, Raccolta, I-14847, punti 30-31, nonché 10 maggio 2012, *Duomo Gpa Srl*, Cause riunite C-357/10 a C-359/10, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 32. In dottrina, v. per tutti R. MASTROIANNI, *Libera circolazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, pp. 217 ss., spec. p. 232.

⁷ Sentenza *Schnitzer*, cit., punto 32

⁸ V. sentenze 5 ottobre 1994, TV10, causa C-23/93, C-23/93, Raccolta, pp. I-4795 e ss., punto 15 sentenza 12 settembre 2006 *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, Causa C-196/04. Raccolta, p. I-07995, punto 37. In dottrina, *ex multis*, v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003; S. M. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, pp. 67 ss. .

dell'art. 29. Secondo il Parere 1/2008⁹, nel caso in cui la sede di un'impresa responsabile del trattamento dei dati si trovi al di fuori del territorio SEE ed al trattamento partecipino stabilimenti situati nel territorio di uno Stato membro, si realizza «l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile» secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia; mentre nessun rilievo assume la sua forma giuridica (ufficio locale, filiale dotata di personalità giuridica o agenzia affidata a terzi). Il significato del trattamento effettuato «nel contesto delle attività» di uno stabilimento in uno Stato membro si collega ad un suo ruolo rilevante, quale ad esempio la responsabilità delle relazioni con gli utenti del motore di ricerca in una data giurisdizione; la vendita di pubblicità mirata ai suoi abitanti; l'adempimento delle decisioni giudiziarie e/o le risposte alle richieste delle competenti autorità di contrasto di uno Stato membro.

Il successivo Parere n. 8/2010 sul diritto applicabile¹⁰ afferma che l'ambito di applicazione territoriale della normativa nazionale di attuazione della direttiva 95/46 dipendono dal luogo di stabilimento del responsabile del trattamento. Non sono criteri determinanti né la cittadinanza o il luogo di residenza abituale dell'interessato né l'ubicazione fisica dei dati personali¹¹. Infatti, la direttiva 95/46 prevede un vasto campo di applicazione per garantire che gli individui non siano privati della tutela prevista¹² e, al contempo, impedire l'elusione della legge. L'esistenza di uno stabilimento si collega con la nozione di controllo, in quanto l'elemento decisivo per qualificare uno stabilimento è «l'esercizio effettivo e reale di attività mediante un'organizzazione stabile» nel contesto delle quali sono trattati i dati personali. La formulazione del preambolo della direttiva riprende chiaramente il «centro di attività stabile» della giurisprudenza della Corte di giustizia che implica «la presenza permanente di mezzi umani e tecnici necessari per determinate prestazioni di servizi»¹³. La nozione di «contesto

⁹ WP 148, Parere 1/2008 sugli aspetti della protezione dei dati connessi ai motori di ricerca adottato il 4 aprile 2008.

¹⁰ WP 179 Parere sul diritto applicabile, adottato il 16 dicembre 2010

¹¹ WP 179, Parere n. 8/2010, cit., pag. 10

¹² Il considerando 19 della direttiva indica che «lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile; [e] che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante a questo riguardo». V anche Considerando 20 in cui si dichiara che «nell'ipotesi in cui il responsabile del trattamento sia stabilito in un paese terzo i trattamenti effettuati siano disciplinati dalla legge dello Stato membro nel quale sono ubicati i mezzi utilizzati per il trattamento in oggetto.»

¹³ Sentenze 4 luglio 1985, *Bergholz*, causa 168/84, Racc. 1985, p. 2251, punto 14 e 7

di attività» non implica che la legge applicabile sia quella dello Stato membro in cui è stabilito il responsabile del trattamento, ma quella del paese in cui uno *stabilimento* del responsabile del trattamento svolge *attività correlate al trattamento di dati*. Tale nozione dovrebbe tenere conto di alcuni criteri: il livello di partecipazione di ciascuno stabilimento alle attività nel cui contesto sono trattati i dati personali; la natura di trattamento dei dati personali dei diversi stabilimenti; il livello di partecipazione di ciascuno stabilimento alle attività di trattamento dei dati personali.

Quanto al secondo criterio relativo alla presenza sul territorio di ‘strumenti’ che sono adoperati per il trattamento dei dati (art.4, par. 1, lett. c) della direttiva 95/46), il Gruppo sostiene una tesi che non appare condivisibile. Malgrado la sua formulazione concepita in un’epoca in cui le attività on-line erano assai ridotte, tale criterio dovrebbe applicarsi quando il responsabile del trattamento ha stabilimenti nell’UE, ma le sue attività sono senza rapporto con il trattamento di dati personali¹⁴. Una tesi che sembra superata e contraddetta dall’evoluzione normativa e giurisprudenziale in corso che tende ad annullare del tutto il secondo criterio in parola. Peraltro, l’interpretazione del Gruppo di lavoro del termine ‘strumento’ («equipment»)¹⁵ appare particolarmente estensiva. Vi rientrerebbero svariate tipologie di dispositivi: oggetti che consentono materialmente di raccogliere dati personali (ad esempio il personal computer dell’utente); software che, una volta installati, permettono la fornitura del servizio, quali cookies e apps. Il Gruppo di lavoro ha proposto che nella futura legislazione venga elaborato un «approccio orientato ai destinatari del servizio» quando i responsabili del trattamento non sono stabiliti nell’Unione¹⁶. Dovrebbe trattarsi di un’attività mirata, basata sull’effettivo collegamento con uno specifico Stato membro dell’Unione, quali ad esempio servizi esplicitamente mirati a persone residenti attraverso la presentazione di informazioni nelle lingue dell’Unione; la fornitura di servizi o prodotti negli Stati membri dell’Unione; l’accessibilità ad un servizio subordinata all’uso di una carta di credito dell’Unione; l’invio di pubblicità nella lingua dell’utente o per prodotti e servizi disponibili nell’Unione. Il Gruppo

maggio 1998, *Lease Plan Luxembourg / Stato belga*, causa C-390/96, Raccolta, p. 2553.

¹⁴ V., in particolare, Gruppo di lavoro Articolo 29, parere n. 8/2010, pag. 22

¹⁵ Il Gruppo di lavoro sottolinea inoltre che il termine « equipment » (‘strumenti’) utilizzato nella versione inglese della direttiva è eccessivamente ristretto, in quanto le altre versioni linguistiche adoperano termini più simili all’inglese «means» (‘mezzi’), termine che coprirebbe anche dispositivi immateriali come i cookies, Gruppo di lavoro Articolo 29, parere n. 8/2010, pag. 10, pagg. 23 e 24).

¹⁶ Gruppo di lavoro Articolo 29, parere n. 8/2010, pp. 24 e 31.

di lavoro osserva che questo criterio è già usato nel settore della tutela dei consumatori e la sua estensione al settore della protezione dei dati favorirebbe la coerenza e la certezza giuridica.

4. *Le richieste del giudice del rinvio e la posizione dell'Avvocato generale*

Al fine di determinare le condizioni per l'applicabilità del diritto nazionale nel caso di specie¹⁷, il giudice del rinvio aveva richiesto l'interpretazione pregiudiziale dell'art. 4 della Direttiva 95/46, in particolare del criterio relativo al trattamento effettuato «nel contesto delle attività di stabilimento» (par. 1, lett. *a*)¹⁸ e del criterio consistente nel «ricorso a strumenti situati nel territorio di detto Stato membro» (*ivi*, lett. *c*)¹⁹.

Il giudice del rinvio, riprendendo il parere del WG Art. 29 avanza tre condizioni alternative per la qualificazione di un trattamento-dati nel «contesto delle attività» di stabilimento ai sensi della direttiva 95/46: *a*) il gestore di un motore di ricerca apre in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti dal motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di tale Stato; *b*) la società madre designa una filiale situata in tale Stato membro come suo rappresentante e responsabile del trattamento di due file specifici contenenti i dati dei clienti che hanno stipulato contratti con detta società per la fornitura di servizi pubblicitari; *c*) la succursale o la

¹⁷ Nell'ipotesi di uno stabilimento del responsabile del trattamento stabilito in più Stati membri, ciascuno di tali stabilimenti dovrà osservare gli obblighi previsti dalle rispettive disposizioni nazionali (così l'art. 4, c. 1, lett. *a*).

¹⁸ Vale la pena di riportare per intero il testo del primo par., lett. *a*) dell'art. 4: «Diritto nazionale applicabile. 1. Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali: *a*) effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile (...).»

¹⁹ Quando, pur non essendovi stabilito, il responsabile impieghi, ai fini del trattamento, strumenti (automatizzati o non) situati nel territorio di uno Stato membro, salva l'ipotesi di mero transito (art. 4, c. 1, lett. *c*). Nell'ambito del presente lavoro può essere trascurata l'ipotesi piuttosto remota che il diritto nazionale trovi applicazione quando, pur non essendo il responsabile stabilito in uno Stato membro, sia comunque soggetto alla disciplina ivi vigente in orza del diritto pubblico internazionale (art. 4, c. 1, lett. *b*). Si tratta dell'ipotesi di consolati, ecc.

filiale stabilita in uno Stato membro trasmette alla società madre, avente sede al di fuori dell'Unione, i reclami e le ingiunzioni che le vengono presentati tanto dalle persone interessate quanto dalle autorità competenti per il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali, anche quando tale collaborazione abbia carattere volontario²⁰. In effetti, nella sentenza in commento, viene presa in considerazione solo la prima delle tre fattispecie in quanto ritenuta in sé decisiva per l'affermazione del diritto applicabile, così da escludere la necessità di approfondire la rilevanza giuridica delle successive fattispecie prospettate dal giudice del rinvio.

L'Avvocato generale esclude in primo luogo la legittimità della 'creazione' giurisprudenziale di un criterio quale «il centro di gravità del conflitto» non previsto dal diritto secondario dell'Unione sulla base esclusiva dell'ampia tutela dei dati personali prevista dall'art. 8 della Carta dei diritti. Il diritto primario non può determinare l'applicazione della disciplina nello Stato membro in cui si trovi il cittadino dell'Unione senza base alcuna nel diritto secondario. Più in particolare, non è infatti legittimo sulla base di una disposizione della Carta, determinare un ampliamento delle competenze e dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione²¹.

Quanto al criterio relativo allo stabilimento, l'Avvocato generale sottolinea che, il tenore della norma dell'art. 4, lett. a) della direttiva 95/46 non si riferisce ad un trattamento di dati personali effettuato dallo stesso stabilimento interessato, bensì soltanto «nel contesto delle attività» di quest'ultimo. In ogni caso, tale formulazione non può ricevere un'interpretazione restrittiva alla luce del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali proclamato dalla Carta dei diritti fondamentali. L'argomento decisivo per un'interpretazione teleologica della norma in parola appare invece la «modalità di business» dei motori di ricerca, nella misura in cui lo stabilimento risulta collegato a un servizio personalizzato di vendita pubblicitaria mirato ai residenti di uno Stato membro. Perciò, il trattamento di dati personali è da considerarsi realizzato nel contesto dallo stabilimento di un responsabile del trattamento, se opera come strumento per «personalizzare e indirizzare la comunicazione commerciale» ai cittadini di uno Stato membro, quand'anche l'indicizzazione dei dati personali sia effettuata fuori dall'Unione.

²⁰ Par. 45 AG.

²¹ Ai sensi del suo articolo 51, paragrafo 2, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione o modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.

5. *L'interpretazione della Corte di Giustizia*

All'inizio della analisi, la Corte rileva alcune caratteristiche dell'organizzazione e delle modalità di svolgimento delle attività (localizzazione degli stabilimenti, «modello di business», divisione dei compiti fra società madre e filiali, ecc)²². La Corte nota che la società madre indicizza i siti web a livello globale e che le informazioni raccolte vengono memorizzate in server dei quali non è resa pubblica l'ubicazione. Anche qualora la qualificazione dell'indicizzazione da parte del motore di ricerca come trattamento dati fosse oggetto di discussione, la Corte ricorda che Google svolge parallela attività di comunicazione pubblicitaria (in corrispondenza della digitazione dei termini da parte degli utenti nelle loro ricerche)²³ tramite le proprie filiali nazionali che provvedono alla gestione delle vendite di spazi pubblicitari. In sostanza, le filiali intra-Ue operano quale agente commerciale del Gruppo Google in ciascuno Stato membro dell'Unione.

Pertanto, seguendo le indicazioni dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia afferma l'ambito di applicazione territoriale del diritto nazionale di attuazione della Direttiva 95/46 qualora il gestore di un motore di ricerca stabilito in uno Stato terzo apra in uno Stato membro una filiale per la promozione e alla vendita di comunicazione commerciale diretta ai residenti in quello Stato membro. In proposito, la Corte osserva che Google Spain costituisce una filiale di Google Inc. nel territorio spagnolo e, pertanto, uno 'stabilimento' ai sensi della direttiva; respinge invece la rilevanza giuridica dell'argomentazione secondo cui il trattamento di dati personali da parte di Google Search non sarebbe effettuato nel contesto delle attività di tale stabilimento in Spagna.

Le due finalità di ricerca e pubblicità del motore di ricerca sono pertanto da considerare inscindibili e, così, le relative attività realizzate nel contesto delle attività di stabilimento delle filiali nazionali del Gruppo Google. Quando i dati vengono trattati per le esigenze di un motore di ricerca gestito da un'impresa situata in uno Stato terzo — ma che dispone di uno stabilimento in uno Stato membro — il trattamento è da considerare come effettuato «nel contesto delle attività» della filiale²⁴.

²² Si tratta della prima questione esaminata nella sentenza, v. paragrafi 42-61.

²³ Collocati nella colonna a sinistra dello schermo ma sembra anche con altri favoritismi nell'ordine di apparizione nella lista dei risultati.

²⁴ Alla luce delle considerazioni di cui sopra, occorre rispondere alla prima questione, lettera a), dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che un trattamento di dati personali viene effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile di tale trattamento nel terri-

Quest'ultima ha il compito di assicurare, nello Stato membro in questione, la promozione e la vendita degli spazi pubblicitari proposti sul motore di ricerca al fine di rendere redditizio il servizio offerto (*pay per click*). Non è determinante stabilire se concretamente le singole filiali concorrano all'indicizzazione che può invece essere effettuata e oggetto di archiviazione al di fuori dell'Unione o in un luogo non reso pubblico. Le filiali nazionali sono invece da considerare responsabili del trattamento dei dati per il loro ruolo nell'attività di comunicazione commerciale²⁵, ove si consideri specialmente il posizionamento ovvero la visualizzazione contestuale dei link pubblicitari²⁶.

A rafforzamento della tesi, la Corte²⁷ afferma che nelle circostanze in cui operano i motori di ricerca, non sarebbe legittimo che il trattamento di dati personali venga sottratto agli obblighi e alle garanzie previsti dalla direttiva 95/46, pregiudicandone l'effetto utile e la tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche in una materia come quella del diritto al rispetto della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali.

Secondo il dispositivo della sentenza Google Spain, lo stabilimento in uno Stato membro di un'impresa stabilita fuori dall'Unione ha un ruolo determinante per la definizione del criterio di applicabilità territoriale se implicato un servizio di vendita di pubblicità mirata agli abitanti di tale Stato membro.

torio di uno Stato membro, ai sensi della disposizione suddetta, qualora il gestore di un motore di ricerca apra in uno Stato membro una succursale o una filiale destinata alla promozione e alla vendita degli spazi pubblicitari proposti da tale motore di ricerca e l'attività della quale si dirige agli abitanti di detto Stato membro. 61. Tenuto conto della soluzione data alla prima questione, lettera a), non vi è luogo a rispondere alla prima questione, lettere da b) a d).

²⁵ Punti 55 e 56 della sentenza: «Infatti, in circostanze del genere, le attività del gestore del motore di ricerca e quelle del suo stabilimento situato nello Stato membro interessato sono inscindibilmente connesse, dal momento che le attività relative agli spazi pubblicitari costituiscono il mezzo per rendere il motore di ricerca in questione economicamente redditizio e che tale motore è, al tempo stesso, lo strumento che consente lo svolgimento di dette attività».

²⁶ Punto 57: «la visualizzazione stessa di dati personali su una pagina di risultati di una ricerca costituisce un trattamento di dati personali. Orbene, poiché la suddetta visualizzazione di risultati è accompagnata, sulla stessa pagina, da quella di pubblicità correlate ai termini di ricerca, è giocoforza constatare che il trattamento di dati personali in questione viene effettuato nel contesto dell'attività pubblicitaria e commerciale dello stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di uno Stato membro, nella fattispecie il territorio spagnolo».

²⁷ Punto 58.

6. La proposta di regolamento della Commissione sulla tutela dei dati personali

Il processo normativa di creazione e rafforzamento del mercato unico si muove nella direzione di effettuare una revisione delle direttive di prima generazione con nuovi regolamenti, come accade nel settore della protezione dei dati personali, ma anche nel settore delle comunicazioni elettroniche²⁸.

Il Consiglio e il Parlamento europeo sembrano orientati ad accettare la proposta della Commissione sui criteri per l'applicabilità delle norme del futuro regolamento²⁹. Tre proposte di ‘considerando’ del regolamento in via di adozione illustrano l'impostazione del nuovo strumento normativo. Il primo criterio, esplicitato nella proposta di ‘considerando’ n. 19, è concordante con l'interpretazione della Corte nella sentenza *Google Spain* secondo cui qualsiasi trattamento effettuato nell'ambito delle «attività di uno stabilimento» deve essere conforme al nuovo regolamento, senza che sia rilevante dove si svolga il trattamento di dati personali (all'interno dell'Unione o al di fuori).

Il secondo, nella proposta di ‘considerando’ n. 20, afferma l'applicabilità del nuovo regolamento al «trattamento dei dati personali di residenti nell'Unione effettuato da un responsabile del trattamento non stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento sono legate all'offerta di beni o servizi a dette persone indipendentemente dal fatto che vi sia un pagamento o no». Si precisa che l'esistenza di un'offerta di beni o servizi e l'intenzione di «concludere affari» con residenti nell'Unione non sarà ricostruibile esclusivamente sulla base di elementi indiziari alquanto neutrali e non specificamente caratterizzanti (semplice accessibilità di un sito Internet, di un indirizzo di posta elettronica, di altre coordinate di contatto o l'impiego di una lingua abitualmente utilizzata nel paese terzo in cui il responsabile del trattamento è stabilito). Maggiore rilevanza dovranno

²⁸ COM(2013) 627, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012; cui *Adde* Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 aprile 2014 in prima lettura nell'ambito della procedura legislativa ordinaria.

²⁹ Consiglio UE Doc. 6762/1/14 Rev 1, 28 febbraio 2014, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati), Prima lettura, Dibattito orientativo su talune questioni.

assumere fattori quali l'utilizzo di una lingua o di una moneta abitualmente utilizzata in uno o più Stati membri, con la possibilità di ordinare beni e servizi in tale altra lingua, e/o la menzione di clienti o utenti residenti nell'Unione. Il terzo, contenuta nel 'considerando' n. 21, afferma in modo del tutto innovativo l'applicabilità del nuovo regolamento ai residenti nell'Unione ad opera di un'impresa non-stabilito nell'Unione quando sia riferito al «controllo del loro comportamento all'interno dell'Unione». Questo criterio di collegamento si riferisce a «tecniche volte alla profilazione dell'utente, in particolare per prendere decisioni che li riguardano o analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e le posizioni personali».

La nuova impostazione è contenuta nella proposta della Commissione di art. 3 del Regolamento³⁰. La novità più rilevante sarà l'introduzione di un ulteriore criterio di applicazione che si articola in due sotto-criteri: *a*) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai residenti nell'Unione; *b*) il controllo del loro comportamento» (art. 3, par. 2). Mentre la prima fattispecie di «servizi indirizzati a livello transfrontaliero» manifesta la convergenza della disciplina dei dati personali verso quella già in vigore per altri diritti online (diritti della personalità, marchio e, parzialmente copyright); la seconda ipotesi -relativa al «controllo dei comportamenti» degli utenti da parte degli operatori non-stabiliti nell'Unione-richiederà un complesso approfondimento proprio a partire dal concetto di profilazione dei dati personali.

7. Il criterio di collegamento dell'attività diretta nella scelta della legge applicabile al contratto del consumatore e il criterio del «centro di interessi» del consumatore per la determinazione della competenza giurisdizionale

Un inquadramento nel diritto secondario dell'Unione in vigore per altri diritti on line, merita il criterio di collegamento di «un'attività diretta» al pubblico di un altro Stato membro cui fa riferimento la proposta

³⁰ Articolo 3, Campo di applicazione territoriale: 1. Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento di un responsabile del trattamento o di un incaricato del trattamento nell'Unione. 2. Il presente regolamento si applica al trattamento dei dati personali di residenti nell'Unione effettuato da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano: *a*) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti residenti nell'Unione, oppure *b*) il controllo del loro comportamento.(...).

di regolamento sulla protezione dei dati personali, di cui abbiamo appena accennato. In alcune sentenze, la Corte di giustizia ha privilegiato il criterio che l'attività di un sito fosse diretta rispettivamente al pubblico dell'Unione europea o al pubblico di uno Stato membro³¹. Tale criterio (*intention to target*) è stato applicato anche ad attività transfrontaliere anche non on-line con la specificazione che deve rivelare «l'intenzione del suo autore di rivolgersi alle persone che si trovano in tale territorio³²».

In materia di competenza giurisdizionale e di conflitto di leggi, tale criterio che collega l'applicabilità territoriale al pubblico cui l'attività si rivolge (*intention to target*) è prevista dai regolamenti Bruxelles I³³ e «Bruxelles I-bis»³⁴, nonché dal regolamento Roma I (art. 6)³⁵. La Corte di giustizia nella sentenza *Pammer e Hotel Alpenhof*³⁶ ha indicato i requisiti che un sito *web* deve soddisfare affinché le attività esercitate dal com-

³¹ Sentenze *L'Oreal e a. cit.* (punto 65) in materia di marchi nazionali e comunitari e 18 ottobre 2012, *Football Dataco Ltd e a.*, causa C-173/11, punto 39), sulla violazione del diritto sui generis sui una banca dati.

³² Sentenza 21 giugno 2012, causa C-5/11, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 21; cit. (punto 27) sulla violazione del diritto esclusivo di distribuzione di un autore (operazioni di vendita transfrontaliera di mobili protetti in uno Stato membro dal diritto d'autore).

³³ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GUCE L 12, pag. 1), e sentenze del 7 dicembre 2010, *Pammer e Hotel Alpenhof* (C-585/08 e C-144/09, Racc. pag. I-12527), nonché 19 aprile 2013, Causa C-523/10, non ancora pubblicata, in Raccolta.

³⁴ L'art. 15, par. 1, lett. c) stabilisce che la competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori sussiste: (...) c) in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività.» La formulazione dell'art. 17, par. 1, lett. c) del Regolamento «Bruxelles I-bis» è identica a quella del regolamento «Bruxelles I» salvo che per la condizione aggiuntiva che «il contratto rientri nell'ambito di dette attività», v. Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GUUE L 351, 20.12.2012, pp. 1 ss.

³⁵ Art. 6 Contratti conclusi da consumatori: «(...) è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista (...) b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo» v. regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), GUUE L 177 del 4.7.2008, pp. 6 ss.

³⁶ Sentenza 7 dicembre 2010, cause riunite C-585/08 e C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof*, cit., punti 67 e 68.

mercante possano essere considerate ‘dirette verso’ lo Stato membro del consumatore. La pubblicità on line deve essere attentamente qualificata come attività transfrontaliera diretta verso il consumatore domiciliato in un altro Stato membro, ad esclusione delle due opposte situazioni: da un lato, la semplice accessibilità di un sito negli Stati membri; dall’altro, l’esistenza di indizi evidenti che l’attività è rivolta «in modo sostanziale», verso lo Stato membro di domicilio del consumatore³⁷. All’interno dell’arco fra queste due fattispecie, la Corte indica numerosi criteri esemplificativi di tale proiezione transfrontaliera del professionista on line³⁸. Nella sentenza *Emrek*, la Corte ha poi precisato la necessità di un nesso di causalità tra il mezzo (il sito Web) impiegato per dirigere l’attività commerciale verso lo Stato membro di domicilio del consumatore e la conclusione del contratto³⁹.

Infine, ci sembra rilevante segnalare che, nella prospettiva della determinazione della competenza giurisdizionale, la Corte di giustizia abbia avuto modo di specificare l’importanza del «concetto di centro di interessi» del consumatore precisando che corrisponde, in via generale, alla sua residenza abituale. Nella Sentenza *eDate Advertising e Martinez*⁴⁰, la Corte

³⁷ Ivi., punti 69 e 82.

³⁸ A tal proposito, la Corte fornisce dunque una lista non esaustiva, vale a dire: i) la natura internazionale dell’attività, quali talune attività turistiche; ii) la menzione di recapiti telefonici con indicazione del prefisso internazionale; iii) l’utilizzazione della denominazione di un sito di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito; iv) l’utilizzazione di denominazioni di siti di primo livello neutri quali «.com» o «.eu»; v) l’indicazione di itinerari a partire da uno o più Stati membri verso il luogo della prestazione dei servizi, nonché vi) la menzione di una clientela internazionale composta da clienti domiciliati in Stati membri diversi, in particolare mediante la presentazione di testimonianze provenienti dai clienti medesimi. Qualora inoltre il sito Internet permetta al consumatore di usare lingue e monete diverse, tale impiego può assumere rilevanza e costituire un indizio finalizzato a tale valutazione (a contrario tali elementi non possono essere considerati pertinenti nel caso in cui lingua e moneta impiegate siano quelle abitualmente utilizzate nello Stato membro a partire dal quale il commerciante esercita la propria attività). *Ivi*, *Pammer* e *Hotel Alpenhof*, cit., punti 83 e 84.

³⁹ Sentenza 17 ottobre 2013, causa C-218/12, *Emrek*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 29.

⁴⁰ Sentenza della Corte (grande sezione) del 25 ottobre 2011, *eDate Advertising GmbH e Martinez*, cit. Per un commento, v. C.I. NAGY, *The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU law - Missed and New Opportunities*, in *Journal of Private International LAW*, 2012, pp. 251 ss.; T. HARTLEY, *Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension*, in *The Law Quarterly Review*, 2012, pp. 197 ss.; M. WINKLER, *Giurisdizione e diritto applicabile agli illeciti via web: nuovi importanti chiarimenti dalla Corte di giustizia*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, pp. 806 ss.; G. GIOIA, *Sulla distribuzione della competenza internazio-*

ha interpretato il regolamento Bruxelles I (art. 5, n. 3), istitutivo di un foro speciale in materia di illeciti civili dolosi o colposi, nelle controversie su violazioni di diritti della personalità a causa della pubblicazione on-line di contenuti diffamatori. Nella sua argomentazione, la Corte ha osservato che a seguito della diffusione universale di Internet, da un lato, si accresce, la gravità delle violazioni dei diritti della personalità; dall’altro, diventa estremamente difficile individuare i luoghi di concretizzazione del danno. È però evidente che l’impatto di un’informazione sui diritti della personalità può essere meglio apprezzato dal giudice del luogo in cui la vittima ha il proprio «centro di interessi», corrispondente per lo più alla residenza. Pertanto la Corte ha individuato tale giudice come quello competente per la totalità dei danni causati sul territorio dell’Unione europea⁴¹.

8. Cenni alla giurisprudenza sulla responsabilità degli ISP ‘attivi’ e ‘passivi’

Mentre nella sentenza Google Spain la Corte ha statuito che l’attività del motore di ricerca è sicuramente qualificabile come attività di trattamento-dati, in altri casi ha preferito lasciare al giudice del rinvio pregiudiziale la qualificazione in concreto dell’attività dell’Isp nel contesto del procedimento principale.

Vale pertanto la pena di ricordare lo stato dell’arte della giurisprudenza della Corte sulla responsabilità degli operatori ‘intermediari’ (ISP) che forniscono le tecnologie e le attività di supporto per il mercato online. La Corte di giustizia prosegue nel percorso di individuazione e qualificazione della responsabilità di quei soggetti che non si limitano ad un’attività di intermediazione passiva ma partecipano in modo qualificato all’attività dei *content provider*. È certamente il caso dell’attività dei motori di ricerca, ma anche dei prestatori di servizi di aggregatori dei contenuti, secondo i modelli di eBay, Facebook e You tube.

La Corte di giustizia fornisce un contributo creativo allo sviluppo del regime giuridico di tali prestatori di servizi in relazione alle trasformazioni tecnologiche ed economiche che hanno uno specifico impatto soprattutto nel settore del commercio elettronico la cui disciplina è prevedibile non sarà oggetto di riforma a breve⁴². Il regime normativo dell’Unione resta

nale nelle liti da diffamazione tramite internet, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1317 ss.

⁴¹ Ivi, punti 48 e 49.

⁴² SEC(2011) 1641 final, 11.1.2012, Online services, including e-commerce, in the Single Market, Accompanying the document COM(2011) 942 final, Un quadro coeren-

così articolato in relazione al ruolo e alle funzioni delle diverse categorie degli operatori coinvolti, secondo la classificazione della direttiva sul commercio elettronico⁴³: fornitori di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche (*access provider*); prestatori di servizi che si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti (operatori di servizi tecnici di *mere conduit*, *caching* e *hosting*) ex articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31. Quest'ultimi sono ritenuti, in generale, eleggibili ad una deroga di responsabilità: il criterio dell'imputazione della colpa è ritenuto dal legislatore dell'Unione un criterio ragionevole per evitare un controllo delle attività dal costo eccessivo (divieto di controllo generalizzato) e il rischio di censura dei materiali dei *content provider* potenzialmente lesivi di diritti altrui. In siffatto contesto non ha tardato ad emergere la categoria dei prestatori di servizi che *non* si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ma interferiscono attivamente nell'elaborazione e/o presentazione finale degli stessi (ISP attivi).

Pertanto, la responsabilità di ISP quali i motori di ricerca, i *social network* e gli «aggregatori di contenuti generati dagli utenti» non appare definibile *una tantum*, ma solo sulla base del grado di interferenza concretamente esercitato nell'attività dei soggetti-terzi (*content provider*) direttamente responsabili delle violazioni. Nella prospettiva della tutela dei beni digitali veicolati su Internet, tali soggetti sono tenuti in misura crescente, tra l'altro, al rispetto di principi di responsabilità civile nonché a responsabilità specifiche per la tutela del marchio e del diritto d'autore⁴⁴. Nella sua giurisprudenza, la Corte ha iniziato a delimitare e circoscrivere le caratteristiche di un ISP 'puramente passivo' eleggibile, ai sensi della direttiva sul commercio elettronico, ad una deroga nella responsabilità civile delle sue

te per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio.

⁴³ Direttiva 2000/31/CE, cit. Sentenza L'Oréal e a.

⁴⁴ Sul tema della responsabilità civile degli ISP si vedano: V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale nelle comunicazioni su Internet (riflessioni preliminari)*, in *Dir. Inf.* 1999, pp. 1050 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; S. SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, pp. 267 ss.; M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006; E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di Internet. I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; A. MANTELERO, *La responsabilità online: il contratto nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. Inf.*, 2010, pp. 405 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi «Google Suggest» per errata programmazione dei Software di ricerca e «Yahoo Italia!» per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, pp. 44 ss.

attività rispetto a quella dei suoi *content provider*. Certamente, l'attività di un motori di ricerca, come Google, è qualificato fra gli operatori qualificati come ISP attivi ai quali non spetta l'esonero di responsabilità prevista dalla direttiva sul commercio elettronico. Non a caso nella sentenza *Google Spain* viene citata 'per analogia' la precedente sentenza *L'Oréal*⁴⁵ in relazione all'operatore eBay in base allo svolgimento di un ruolo attivo di conoscenza e controllo dei dati relativi alle aste⁴⁶. Il parametro rilevante diventa il contributo offerto dall'ISP nella presentazione finale e promozione del contenuto digitale diffuso *online*.

La Corte ha fornito alcune precisazioni riguardo alla responsabilità del gestore di un mercato su Internet che, pur non essendo l'utilizzatore dei marchi quando si limita a consentire ai propri clienti di riprodurre segni corrispondenti a marchi, è tuttavia responsabile laddove svolga un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. Il gestore non può quindi essere esonerato da qualsiasi responsabilità qualora assista i propri clienti nell'ottimizzare la presentazione delle offerte o nel promuovere le medesime. Egli non può essere a maggior ragione esonerato qualora sia stato al corrente di fatti o

⁴⁵ Sentenza 12 luglio 2011, *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*, cit., punto 62: «(...) Una situazione del genere vanificherebbe l'effetto utile di tali norme» e punto 63: «(...) sarebbe pregiudicata l'efficacia di tali norme qualora l'uso, in un'offerta in vendita o in una pubblicità su Internet destinata a consumatori che si trovano nell'Unione, di un segno identico o simile a un marchio registrato nell'Unione fosse sottratto all'applicazione di tali norme per il solo fatto che il terzo all'origine di detta offerta o pubblicità sia stabilito in uno Stato terzo, che il server del sito Internet da lui utilizzato si trovi in tale Stato o ancora che il prodotto oggetto di detta offerta o pubblicità si trovi in uno Stato terzo.»

⁴⁶ J. VAN HOBOKEN, *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of web search engines*, Alphen aan den Rijn, 2012; P. SAVOLA, *The ultimate copyright shopping opportunity: jurisdiction and choice of law in website blocking injunctions*, in *IIC: international review of industrial property and competition law*, 2014, pp. 287 ss.; A. DALY, *Dominating Search: Google Before the Law* (April 25, 2014), in R. KONIG, M. RASCH (eds), *Reflections on Web Search*, Amsterdam, 2014, 86-104 (<http://ssrn.com/abstract=2429129>); J. CORNTHWAITE, *Say it with flowers: the judgment of the Court of Justice of the European Union in «Interflora v Marks & Spencer»*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, pp. 127-132; C. MORCOM, *Trade marks and the Internet: where are we now?*, in *European Intellectual Property Review* 2012, pp. 40 ss.; G. PSAROUDAKIS, *In search of the trade mark functions: keyword advertising in European law*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, pp. 33 ss.; A. WAISMAN, M. HEVIA, *Theoretical foundations of search engine liability*, in *IIC: international review of industrial property and competition law*, 2011, pp. 785 ss.; J. CORNTHWAITE, *To key or not to key?: The judgment of the European Court of Justice in the «Google France AdWords» case*, in *European Intellectual Property Review*, 2010, pp. 352 ss.

circostanze in base ai quali un operatore diligente dovrebbe constatare l'illiceità delle offerte in vendita online e non abbia prontamente agito per rimuovere i dati di cui trattasi o renderne l'accesso impossibile.

Tra le numerose sentenze sul sistema di posizionamento della pubblicità sul motore di ricerca Google⁴⁷, è sufficiente ricordare la sentenza *Google France SARL e Google Inc./Louis Vuitton Malletier SAe a.*⁴⁸, in cui la Corte ha dovuto risolvere difficili questioni sull'uso on line del marchio, interpretando le disposizioni del regolamento n. 40/94 (art. 9, n. 1) e della direttiva 89/104/CEE (art. 5, nn. 1 e 2)⁴⁹. La Corte è stata al riguardo interrogata in merito alla responsabilità di un operatore quale la società Google per i dati dei suoi clienti memorizzati sul proprio server. Le questioni di responsabilità sono disciplinate dal diritto nazionale. Per quanto attiene alla questione se il servizio di posizionamento su Internet costituisca un servizio della società dell'informazione (consistente nel memorizzare informazioni fornite dall'inserzionista) se, pertanto, il prestatore di tale servizio goda di una limitazione di responsabilità, la Corte ha rilevato che spetta al giudice del rinvio valutare se il ruolo svolto da tale prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza. Infatti, secondo la Corte, qualora risulti che il prestatore di servizi di posizionamento non ha svolto un ruolo attivo, non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia ommesso di rimuovere prontamente tali dati o disabilitarne l'accesso. In senso inverso, nei confronti di ISP 'passivo', la Corte di Giustizia

⁴⁷ Sul sistema di pubblicità tramite parole chiave, v. le sentenze 23 marzo 2010, *Google France e Google*, cause riunite C-236/08 a C-238/08, Raccolta, p. I-02417, punti 22 e 23; 25 marzo 2010, *BergSpechte*, causa C-278/08, Raccolta, p. I-2517, punti da 5 a 7; 8 luglio 2010, causa C-558/08, *Portakabin e Portakabin*, Raccolta, p. I-6963, punti da 8 a 10; 22 settembre 2011, *Interflora Inc. e Interflora British Unit*, causa C-323/09, Raccolta p. I-08625, punti da 9 a 13.

⁴⁸ Sentenza 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL e Google Inc./Louis Vuitton Malletier SA*, cit., punti 106-120

⁴⁹ Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, GUCE L 11, 14/01/1994, p. 1 ss.; Prima direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, GUCE 1989, L 40, pp. 1 ss.

nelle sentenze *Scarlet c. Sabam*⁵⁰ e *Scarlet c. Netlog*⁵¹ ha ritenuto incompatibili con la normativa comunitaria, l'imposizione di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale di tutte le comunicazioni elettroniche in transito per i suoi servizi, in particolare mediante programmi «peer-to-peer», se rivolti indistintamente a tutta la sua clientela; a titolo preventivo; a spese esclusive dell'ISP e senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.

Abstract

The article examines critically the notion of «established activity» as used in the Google Spain decision in the light of the consolidated ECJ jurisprudence on the existence of a «stable organization» and the effect it may have in the future also to determine the applicable law and the competent jurisdiction.

⁵⁰ Sentenza 24 novembre 2011, *Scarlet c. SABAM*, causa C-70/10, Raccolta, p. I-11959. Per un commento, v. M. RANTOU, *The growing tension between copyright and personal data protection on an online environment: The position of Internet Service Providers according to the European Court of Justice*, in *European Journal of Law and Technology*, 2012, Issue 2, pp. 1 ss.; C. D'ANGELO, *Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 663 ss.; P. SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego i sistemi tecnici di filtraggio*, in *Dir.Inf.*, 2012 pp. 297 ss.

⁵¹ Sentenza 16 febbraio 2012, *SABAM c. Netlog NV*, causa C-360/10, non ancora pubblicata in Raccolta. Per un commento, v. M. BELLIA, G. A. M. BELLOMO, M. MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, 2012 pp. 346 ss.; C. D'ANGELO, *Corte europea di giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 663 ss. Su entrambe le sentenze, v. M. COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 580 ss.